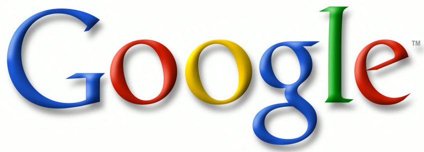


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

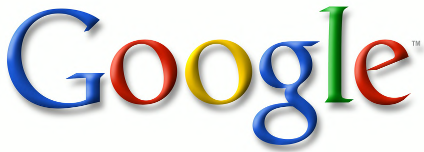
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 941 768

MAUCZKA

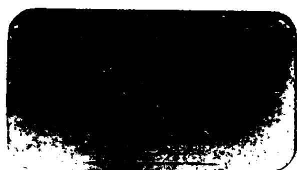
ALTES RECHT IM VOLKSBEWUSSTSEIN

1907

AUS
905.03
MAU

HARVARD
LAW
LIBRARY





78

AUSTRIA

Altes Recht im Volksbewußtsein

Von

Dr. Josef Mauczka

Privatdozent an der Universität in Wien.

455

Sonderabdruck

aus der

Allgemeinen österr. Gerichts-Zeitung, 58. Jahrgang, Nr. 10 und 11.



Wien, 1907.

Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I., Kohlmarkt 20.

Altes Recht im Volksbewußtsein

Von

Dr. Josef Mauczka

Privatdozent an der Universität in Wien.

Sonderabdruck

aus der

Allgemeinen österr. Gerichts-Zeitung, 58. Jahrgang, Nr. 10 und 11.



Wien, 1907.

Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I., Kohlmarkt 20.

MAY 2 5 1922

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

I.

Wenn man als Rechtskundiger Gelegenheit hat, die Rechtsanschauungen der Laien kennen zu lernen, so wird man auf den ersten Blick einer erheblichen Abweichung vom geltenden Recht begegnen. Es kann nicht meine Aufgabe sein, diese Abweichungen in ihrer Gesamtheit zu untersuchen und in bestimmte Kategorien zu bringen; dazu fehlt bisher jede Sammlung des Materials. Aber eine Gruppe dieser Abweichungen möchte ich herausheben und einer eigenen Untersuchung unterziehen. Beobachtet man die Äußerungen des Rechtsgefühles der Laien, so findet man häufig, daß dieses einen Rechtszustand für geltend ansieht, der tatsächlich vor Jahrhunderten lebendiges Recht war, seither aber längst überwunden ist. Von den einzelnen Fällen, die ich aufgefunden habe, sind einige in der Literatur bekannt, nur noch nicht von unserem Gesichtspunkte aus betrachtet worden; die meisten jedoch sind auf eigener Beobachtung begründet.

Der klareren Übersicht halber will ich mich bei der Aufzählung der herrschenden Systematik bedienen. Beginnen wir mit dem allgemeinen Teil, und zwar mit der Abgrenzung des Rechts von Moral und Sitte. Diese drei Begriffe werden heute noch gerne von Laien verwechselt; namentlich sind diese geneigt, Verletzungen der Moral den Rechtsverletzungen auch in ihren Wirkungen (z. B. Strafbarkeit) gleichzustellen. Dies erinnert an die Ungeteiltheit der besprochenen drei geistigen Mächte zu einer Zeit, da die Priester zugleich auch Gesetzgeber und Richter waren.

Laien glauben immer und immer wieder, daß Verträge zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Abfassung bedürfen — eine Nachwirkung des bekannten Formalprinzips im alten deutschen Recht.

Im Sachenrecht liefert besonders das Pfandrecht interessante Fälle. Mir ist aus meiner eigenen Jugend erinnerlich, daß ich mit der Realisierung eines Faustpfandes immer die Vorstellung verband, daß das Pfand verfalle und der Gläubiger die Hyperocha lukriere — das alte Verfallspfand im Gegensatze zum heutigen Verkaufspfand mit Rückstellung der Hyperocha.

Betrachten wir ferner das Pfänderspiel. Es wurde bereits von anderer Seite darauf aufmerksam gemacht, daß es ein altes Rechtsbewußtsein verkörpert, eine Zeit, in der das Schuldversprechen

allein noch keine erzwingbare Verpflichtung zur Leistung erzeugte; erst die Hingabe eines Pfandes bewirkte eine Haftung, ermöglichte die Erzwingung der Leistung, und dies nur mittelbar. Ein Versehen beim Spiel verpflichtet zu einer vorderhand unbestimmten Leistung, über deren Fixierung noch unten zu handeln sein wird. Es ist klar, daß die Erzwingbarkeit dieser Leistung von der Hingabe eines Pfandes abhängig ist. Eine Verweigerung des Pfandes würde allerdings die Ausschließung vom Spiel zur Folge haben — auch eine der vielen „Abspaltungen der Friedlosigkeit".

Wenden wir uns dem Obligationenrecht zu. Allbekannt ist der in Laienkreisen weitverbreitete Wahn, daß erst die Hingabe des Angelds den Vertrag bindend mache; noch mehr Leute halten es für ein Reugeld. Dies weist wieder auf einen früheren Zeitpunkt des deutschen Obligationenrechtes hin, in dem das Angeld ein Pfand bedeutete, neben welchem keine persönliche Verpflichtung bestand. Läßt man das Angeld (Pfand) verfallen, so hat der Gläubiger keinen persönlichen Anspruch mehr — die Aufgabe des Reugelds macht den Vertrag hinfällig. Ich war selbst einmal das Opfer dieser Rechtsanschauung. Ich hatte einen Dienstboten für einen späteren Zeitpunkt aufgenommen und ihm ein Angeld eingehändigt. Vor dem festgesetzten Eintrittstermin erklärte der Dienstbote aus nichtigen Gründen, den Dienst nicht antreten zu können, stellte das Angeld zurück und schloß einen weiteren Betrag gleicher Höhe an. Ich habe allen Grund anzunehmen, daß ihm der Gedanke völlig fern lag, daß er damit einen Vertragsbruch begehe; er war davon überzeugt, im Recht zu sein.

Eine spätere Entwicklungsstufe läßt den Vertrag durch Annahme des Angelds, aber auch erst durch diese bindend werden. Allgemein herrscht heute noch im Volke namentlich beim Mietvertrage die Auffassung, daß er erst durch Hingabe eines Angelds perfekt werde.

Lange Zeit hindurch wunderte ich mich über den Sprachgebrauch, demzufolge ein Geschäftsmann für die Güte seiner Ware „garantiert". Ich meine nicht die Fälle, in denen eine bestimmte Garantiefrist festgesetzt wird, da darin unter Umständen eine vertragsmäßige Abänderung der Gewährleistungsfrist nach ÖstBGB. § 933 und DBGB. § 477 liegt. Ich habe vielmehr Fälle vor Augen, in denen der Geschäftsmann lediglich sagt: „Ich garantiere für die Ware." Was ist dies für ein Nonsens? Was soll der Ausdruck „Garantie", der doch zweifellos das Eintreten für eine fremde Leistung bedeutet? Was soll dies heißen gegenüber der eigenen Leistung? Vom logischen Standpunkt ist der besprochene Ausdruck schlechterdings unverständlich. Anders steht die Sache, wenn wir den sonderbaren Ausdruck vom Standpunkt der Rechtsgeschichte betrachten. Wir müssen von jenem Stadium der Entwicklung ausgehen, in dem nicht der Schuldner selbst für die Leistung haftete, sondern das Pfand oder der Bürge. Der Kaufmann, der für die Güte seiner Ware „garantiert", steht

bereits auf einer höheren Stufe der Rechtsentwicklung. Er ist Selbstbürge, das ist jener Rechtszustand, bei dem der Schuldner nicht als solcher, sondern nur dann haftet, wenn er die Bürgschaft für seine eigene Schuld übernimmt.[1])

Gehen wir zum Familienrecht über. Ich fürchte, daß die grauenhaften Kindermißhandlungen, die jeden normal empfindenden Menschen mit Entsetzen erfüllen, nur zu sehr in der Psyche intellektuell und moralisch zurückgebliebener Menschen begründet sind. Ich entnehme aus den Mitteilungen der Kinderschutz- und Rettungsgesellschaft in Wien, daß ein solcher grausamer Vater stets sagte, wenn er mit seinen Kindern nicht tun könne, was er wolle, dann solle man ihm die Kinder nehmen, dann sei er fertig. Dies sind grauenhafte Reste eines längst überwundenen Rechtszustandes, des jus vitae ac necis, des privatrechtlichen Eigentums an den Kindern. In einer vielleicht noch abstoßenderen Form äußert sich dieses barbarische Recht, wenn ein Vater, wie dies in einem in Wien durchgeführten Strafprozesse festgestellt wurde, seine Tochter in ein Bordell bringt, damit einverstanden ist, daß sie dort gegen ihren Willen festgehalten wird, und einen Anteil vom Schandlohn bezieht. Ja selbst die Wiener Polizeibehörde scheint diese altertümliche Rechtsanschauung zu teilen. Einem minderjährigen Mädchen wird die Erlaubnis, sich der Prostitution zuzuwenden, nur dann erteilt, wenn ihr Vater oder Vormund zustimmt!

Ein sehr beliebtes Motiv für Romanschriftsteller ist der tyrannische Vater, der seine Tochter zwingt, einen ungeliebten Mann zum Gatten zu nehmen.

Lebt die großjährige Tochter im Elternhause, so unterscheidet sich ihre Rechtsstellung im praktischen Leben in nichts von der eines minderjährigen Kindes. Mein siebenundzwanzigjähriges Dienstmädchen glaubte sich noch völlig der Vormundschaft unterworfen. Beides sind Nachklänge der alten Geschlechtsvormundschaft, der das Mädchen, die Frau und Witwe unterstanden.

Im Erbrecht kann ich bloß zwei, jedoch m. E. recht bezeichnende Fälle anführen. Ein iuris et phil. Doctor, der sich allerdings seit einigen Jahren um die Rechtswissenschaft nicht mehr gekümmert hatte, wollte seinen Freund zum Erben seines Vermögens einsetzen; es galt zwischen beiden als selbstverständlich, daß das gesamte Vermögen wohltätigen Zwecken zukommen sollte. Der Freund wendete dem Doktor ein: Deine Absicht ist mir sehr peinlich, da ich deinen Verwandten gegenüber nie den Verdacht abwälzen könnte, daß ich mir etwas von deinem Vermögen behalten habe, was ja unser beider Absicht nicht ist. Du hast eine Rechtsform gewählt, die für die Zeit der lex Salica paßte; damals setzte man den Salman

---

[1]) Vgl. Puntschart, Schuldversprechen und Treugelöbnis im altsächsischen Rechte, S. 162.

in die Gewere des Gutes ein, das er nach Jahr und Tag oder nach dem Ableben des Erblassers dem Bedachten zuwenden sollte. Heute ist die juristische Technik weiter fortgeschritten, indem sie für Zwecke der besprochenen Art das Institut der Testamentsvollstrecker ausgebildet hat.

Es kommt noch heute in der bäuerlichen Bevölkerung vor, daß jemand seine Seele zur Erbin einsetzt. Ich glaube, man kann ein vollkommen rechtgläubiger Christ sein und dennoch vergeblich nach dem Sinne einer solchen Verfügung forschen; bedurfte es doch eigener Gesetzesbestimmungen, damit die Gerichte wußten, was sie mit einer solchen Erbeseinsetzung zu tun haben. Dieser Fall ist wieder bloß durch Fortleben uralter Rechtsgedanken zu erklären. Es ist der letzte Überrest des Totenteils, eines Rechtsinstituts, das erst durch Brunner aufgedeckt wurde.[2]) Die Germanen glaubten an eine Auferstehung des Lebens in der Form, daß, je nachdem einer in diesem Leben angesehen oder gering, mächtig oder schwach gewesen sei, er ebenso im künftigen Leben erstehe. Daher verbrannte man mit vornehmen Toten Waffen, Pferde, Sklaven, Kleider, Jagdhunde und alles, was zu einem Kriegerleben gehört. Man meinte, daß mit dem Toten alles Verbrannte erstehen werde, um ihm wie früher zu dienen. Als nach der Christianisierung der Germanen die Kirche die Sorge für das Heil der Verstorbenen im Jenseits übernommen hatte, erhielt der Tote seinen Anteil am eigenen Nachlasse dadurch, daß der Anteil zu kirchlichen oder sonst wohltätigen Zwecken verwendet wurde. Der Totenteil wurde so zum Seelschatz, zum Seelgeräte. Im älteren englischen und französischen Rechte kommen Zuwendungen der Waffen und des besten Pferdes an die Kirche vor. Heute noch nimmt in Österreich am Leichenzuge eines hohen Offiziers ein geharnischter Ritter auf schwarzem Pferde teil, während in Hessen ein ähnlicher Brauch beim Begräbnis des Landesherrn bestand. Leichenpferd und Leichenrind waren ursprünglich geopfert worden. Vielleicht gehört auch das Nachtragen der Ordensinsignien hinter der Bahre hierher. Endlich gedenkt Brunner der bayrischen Verordnung von 1806, die Erbeinsetzung der armen Seele betreffend. Sie bestimmte, daß auf dem Abzuge des vierten Teiles für den Armenfonds und des vierten Teiles für den Schulfonds bestanden, übrigens (sic) aber die Erbschaft der Pfarrkirche überlassen werden solle. In Österreich bestimmt das Hofkanzleidekret vom 17. September 1812, Nr. 1006 JGS.: „Hat jemand seine Seele zum Erben eingesetzt und sonst keine näheren Bestimmungen getroffen, so wird ein Dritteil des Nachlasses auf Messen verwendet, zwei Drittel aber werden dem Lokalarmeninstitute mit der Verpflichtung zugewiesen, daß die Armen für den Verstorbenen zu beten haben."

Wir kommen zum Strafrecht. Vereine, namentlich Studenten-

---

[2]) ZSavSt., XIX., S. 119ff.

vereine und andere rechtliche und soziale Verbände, z. B. Erziehungsinstitute, setzen einen Ehrgeiz darein, daß strafrechtliche Delikte ihrer Angehörigen, die nicht in die Öffentlichkeit gedrungen sind, nicht dem Gerichte angezeigt werden; solche Verbände ziehen es vor, eine interne Strafgewalt auszuüben, die sich legalerweise allerdings höchstens bis zum Ausschlusse aus dem Verbande und Verhinderung der Aufnahme in einen ähnlichen Verband (die Chassierung cum infamia aus einem Studentenvereine) erstrecken kann. Etwas Ähnliches kann man im Bannkreise des Hauses beobachten. Nur höchst selten wird sich der Hausvater entschließen, Delikte seiner Kinder und selbst auch seiner Dienstboten und Arbeiter, die nicht in der Öffentlichkeit bekannt geworden sind, dem Gerichte anzuzeigen. Die Gesetze tragen diesem Empfinden insofern Rechnung, als das österreichische und deutsche Strafgesetzbuch Familiendiebstähle und ersteres auch „größere Unsittlichkeiten in der Familie“ für Privatanklagedelikte erklären (ÖstStGB. §§ 463 und 525, DStGB. § 247) und Familiendiebstähle mit einer viel milderen Strafe bedrohen als gemeine. Dies alles ist eine Erinnerung an die Strafgewalt der Sippe in der ältesten germanischen Zeit, vielleicht auch anderer autonomer Verbände, wie z. B. der Bauerngerichte.[3]) Der Verband, beziehungsweise der Hausvater hat das Empfinden, innerhalb der ihm gesteckten gesetzlichen Grenzen eine Strafgewalt über seine Angehörigen auszuüben, die sich zwar von der staatlichen wesentlich unterscheidet, aber nicht weniger wirksam ist als diese.

Für alle Fälle der genannten Art liegt der Einwand nahe, daß keineswegs eine alte Rechtsanschauung, sondern die Bequemlichkeit maßgebend sei; die Beteiligten ziehen es eben vor, die Unannehmlichkeiten zu vermeiden, die eine gerichtliche Untersuchung für Zeugen mit sich bringt. Dagegen kann ich aus eigener Erfahrung mit größter Bestimmtheit einwenden, daß die gerichtliche Anzeige auch in Fällen unterbleibt, wo die Beteiligten gewiß keine Rücksicht auf Bequemlichkeit kennen. Viel eher könnte man behaupten, daß die Beteiligten vermeiden wollen, daß der Ruf des Verbandes durch eine Strafuntersuchung gegen ein Mitglied leide. Dann läge eine Kollision zwischen diesem Interesse und dem beleidigten Rechtsgefühle der Beteiligten vor, das eine entsprechende Sühne für den begangenen Frevel heischt. Fragen wir jedoch die Beteiligten, ob sie durch eine interne Erledigung des Falles ihrem Rechtsgefühle Abbruch tun, so bin ich fest überzeugt, zur Antwort zu bekommen: Ganz im Gegenteil, gerade unsere außerstaatliche, autonome Justiz befriedigt unser Rechtsgefühl in viel wirksamerer Weise, als es ein Schuldspruch des staatlichen Gerichtes vermöchte.

Laien glauben meistens, daß Unbilden, die ihnen widerfahren, namentlich Rechtsverletzungen, vorsätzlich zugefügt wurden, ohne

---

[3]) Vgl. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht I., S. 622.

sich die Mühe zu geben zu untersuchen, ob Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Schuldlosigkeit vorliegt. Dies ist der Standpunkt des altgermanischen Strafrechts, das in der Verletzung zugleich den auf sie gerichteten Vorsatz erblickte. Erst einer späteren Zeit war es vorbehalten, das Willensmoment — Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Schuldlosigkeit — im einzelnen Falle individuell zu untersuchen. Im gewöhnlichen Leben sind wir häufig noch nicht so weit, das Vorhandensein des Vorsatzes im Einzelfalle festzustellen.

Eine ähnliche Erfahrung machte ich beim Unterrichte. Junge Rechtshörer wußten, nach den Arten des Verschuldens gefragt, oft nur vom Dolus. Dies entspricht einer Entwicklungsstufe des Strafrechts, auf der zwar Dolus und Schuldlosigkeit bereits auseinander gehalten wurden, wogegen es zu einer Trennung der Fahrlässigkeit von der Schuldlosigkeit noch nicht gekommen war. Etwas Ähnliches passierte einer sehr intelligenten Dame, der auf eine Neckerei hin die etwas locker sitzende Hand auskam. Dem Getroffenen ging das über den Scherz hinaus, und er stellte sie zur Rede. Sie erwiderte im Tone höchster Unschuld: „Ich habe es nicht absichtlich getan.“ Sie meinte damit, es sei eine Reflexbewegung gewesen, und sie verdiene keinen Vorwurf. Daß nicht bloß vorsätzliche, sondern auch fahrlässige Verletzungen verantwortlich machen — und mindestens Fahrlässigkeit lag im gegebenen Falle vor — war der Dame offenbar entgangen; also derselbe Irrtum wie im vorhergehenden Falle.

Gehen wir über zur letzten Materie, dem Prozesse. Ich unterscheide absichtlich nicht zwischen Zivil- und Strafprozeß; denn viele der darzustellenden atavistischen Anschauungen entsprechen einer Zeit, in der es nur einen Strafprozeß gab. Dem entspricht gleich ein Sprachgebrauch, den ich nicht bloß einmal bei der judiziellen Staatsprüfung zu hören Gelegenheit hatte. Kandidaten gebrauchten, wenn sie vom Zivilprozesse sprachen, den Ausdruck „Angeklagter“, als ob es nur einen Strafprozeß gebe. Der umgekehrte Fall, daß der Ausdruck Beklagter im Strafprozeß verwendet worden wäre, ist mir nie vorgekommen. Laien unterscheiden, sobald sie mit den Gerichten noch nicht in Berührung gekommen sind, gewöhnlich nicht zwischen Zivil- und Strafprozeß und Polizeiverfahren und haben oft keine Ahnung von der Existenz eines Zivilprozesses neben dem Strafprozesse.

So erklärt es sich, daß Laien sehr häufig eine Ladung zu Gericht für diffamierend ansehen und jammernd erklären: „Mein ganzes Leben habe ich mit dem Gerichte nichts zu tun gehabt.“

Wird jemand in Gegenwart von Zeugen rechtswidrig angegriffen, so pflegt er zu ihnen zu sagen: „Sie werden mir Zeugenschaft leisten.“ Dies ist eine Erinnerung an den alten Rechtszustand, daß eine solenne Handlung zur Begründung jener Pflicht notwendig war, wie das berühmte per aures attrahere der Zeugen im bayrischen Volksrechte.

Angeklagte sprechen gerne von „ihren" Zeugen, obwohl solche sie sehr leicht ins Unglück bringen können. Dieser Sprachgebrauch verweist auf den alten Rechtszustand, wo der Zeuge keinem Verhör unterworfen wurde, sondern einfach die Wahrheit der Aussage seiner Partei zu beschwören hatte.

An dieser Stelle muß noch einmal des Pfänderspieles gedacht werden. Sind genug Pfänder eingegangen, so fragt derjenige, der sie in Verwahrung hat, immer ein Mitglied des Kreises, wie ein jedes Pfand auszulösen sei; der Gefragte macht einen Vorschlag, dem die übrigen meist stillschweigend beitreten, den sie aber auch ablehnen können, was z. B. manchmal der Fall ist, wenn die Form der Auslösung ihnen nicht paßt. Wir haben hier das Bild einer alten Gerichtsversammlung vor uns. Der Verwahrer der Pfänder ist der Vorsitzende, der Richter, der Gefragte ist ein Schöffe, der einen Urteilsvorschlag macht; die anderen Schöffen treten bei oder lehnen ihn ab. Wir finden hier die charakteristischen Momente des germanischen Rechtsganges, die Unterscheidung zwischen Richter und Urteilern.

Wird der Angeklagte vom Strafgerichte für schuldig befunden und verurteilt, so fragt ihn der Richter, ob er das Urteil annehme. Einem Juristen muß diese Frage geradezu komisch klingen; das verkündete Strafurteil ist doch keine Offerte, die der Verurteilte annehmen oder ablehnen kann. Allerdings, aber uraltes, tief im Volksbewußtsein wurzelndes Recht haben wir vor uns. Der germanische Richter konnte keineswegs einfach das Urteil fällen und, sobald es die Rechtskraft beschritten, vollziehen lassen. Da mußte erst der Verurteilte die Erfüllung der Leistung, die ihm das Urteil auftrug — Eid oder Gottesurteil — geloben, er mußte das Urteilserfüllungsgelöbnis ablegen. Allerdings, tat er dies nicht, so wurde er friedlos. Aber doch war eine Annahme des Urteils in Form jenes Gelöbnisses notwendig, damit es wirksam werde.

Wie tief diese Anschauung im Volksbewußtsein wurzelt, geht daraus hervor, daß der Verurteilte auch ohne dahingehende Frage des Richters gar oft erklärt, er könne das Urteil nicht annehmen.

Zuweilen erklärt der Angeklagte in der Hauptverhandlung: Wenn der Verletzte die Tat beschwört, so ist mirs recht. Dies klingt wie ein solches Urteilserfüllungsgelöbnis; der Angeklagte verspricht das Urteil zu erfüllen, wenn es auf den Beweis des Verletzten durch Eid abgestellt wird. Dabei ist allerdings die Abweichung vom alten Beweisrecht nicht zu übersehen, daß dieses grundsätzlich dem Angeklagten den Beweis durch dessen Reinigungseid mit Helfern zusprach.

Manchmal, namentlich bei Raufhändeln, leisten die Beteiligten (der Beschuldigte und Verletzte) der Vorladung zur Hauptverhandlung keine Folge und erklären, zwangsweise vorgeführt, entrüstet: Wir haben uns doch ausgeglichen. Sie meinen, daß sie, wie uraltes Recht verstattete, damit einen außergerichtlichen Sühnevertrag schlossen, der

die Strafbarkeit der Tat erlöschen macht. Sie übersehen dabei, daß bereits in der fränkischen Zeit solche außergerichtliche Taidigungen verboten wurden.

Ein Rechtshörer fragte mich, ob ein Todesurteil nicht auf den Fall des Geständnisses des Täters beschränkt sei. Dies entspricht einem verhältnismäßig jungem Rechtszustande, der Zeit nach Abschaffung der Folter, die dem Indizienbeweis mißtraute.

Zum Schlusse möchte ich noch einige rechtsgeschichtlich interessante Fälle vorführen, die Brunner erwähnt.[4]) Es sei vorausgeschickt, daß bei der Ächtung das Gut des Ächters entweder der Wüstung verfiel oder der Frohnung. Eines schloß das andere aus. Im ersten Falle wurde das Gut mit Bruch und Brand überzogen, im zweiten Falle wurde das Hab und Gut des Friedlosen konfisziert, für das Gemeinwesen oder den König eingezogen.

Als nun im Jahre 1848 die Berliner Straßendemagogie den Prinzen von Preußen geächtet hatte und sein Palais der Gefahr der Plünderung und Zerstörung ausgesetzt war, hatte ein findiger Kopf den glücklichen Einfall, das Wort „Nationaleigentum" auf das Tor zu schreiben. Ohne darum zu wissen, griff er damit in eine längst verschollene Zeit unserer Rechtsgeschichte zurück, indem er eine Frohnung vornahm und damit die drohende Wüstung ausschloß. In der Tat war das Palais gerettet.

Der letzte Fall, in dem die vermögensrechtliche Friedlosigkeit noch verhängt wurde, ereignete sich beim Aufstand der Pariser Kommune, und zwar am 10. Mai 1871. Da wurde das Haus Thiers, des damaligen Präsidenten der französischen Republik, niedergerissen. Gewiß hätte man ihn selbst als friedlosen Mann behandelt, wenn man seiner habhaft geworden wäre.[5])

Überhaupt scheinen Zeiten revolutionärer Bewegungen für das Aufleben alter Rechtsanschauungen ein fruchtbarer Boden zu sein. So sandten während der Bauernunruhen in der Meißen-Oschatzer Gegend die Bauern in Hirschstein a. E. dem geflüchteten Schloßherrn eine förmliche schriftliche Vorladung nach, mit dem Befehl, sich binnen drei Tagen in seinem Schlosse vor ihnen zu verantworten und auf seine Rechte Verzicht zu leisten; leiste er nicht Folge, so würde man sein Gut demolieren.[6]) Endlich bemerkt Ranke[7]), daß im Bauernkriege wohl hie und da eine verworrene Erinnerung an alte Gerechtsame der Volksgemeinden erwachte.

Es ist wohl kaum nötig zu betonen, daß sich noch eine Menge gleich gearteter Fälle wird auffinden lassen — in der Literatur

---

[4]) Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts S. 451

[5]) Brunner ebenda.

[6]) Mitteilungen des Vereines für sächsische Volkskunde III. Bd. 7. Heft S. 214.

[7]) Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation II. Bd. 3. Ausg. S. 171.

und im Leben. Sie weisen sämtlich die Besonderheit auf, daß im Rechtsbewußtsein der heutigen Generation der Rechtszustand längst verflossener Jahrhunderte wieder auflebt, ohne daß dabei an eine schriftliche oder mündliche Überlieferung desselben gedacht werden kann. Daß Laien die Rechtsgeschichte studieren und längst abgestorbenes Recht für geltend ansehen, ist ebenso ausgeschlossen, als daß eine stetige von Person zu Person fortgepflanzte Überlieferung den alten Rechtsstoff lebendig erhalten hätte. Und so stehen wir vor der beinahe mystischen Tatsache, daß längst antiquiertes Recht in den Herzen der heutigen Generation seine Auferstehung feiert, daß es zu lebendigster Rechtsüberzeugung erwacht. Der Versuch, diese merkwürdige Erscheinung wenigstens zum Teile zu erklären, soll im weiteren Verlauf gemacht werden. Zwei Momente also sind es, welche die aufgezählten Fälle charakterisieren: der Mangel einer mündlichen oder schriftlichen Überlieferung des alten Rechtsstoffs und die Lebendigkeit des Rechtsbewußtseins. Nebenbei sei noch bemerkt, daß die geschilderten Rückfälle in uralte Rechtszustände, soweit ich sie selbst erlebt habe, durchaus nicht das Stigma geistiger Beschränktheit an sich tragen; sie sind vielfach Personen überdurchschnittlicher Intelligenz passiert.

Die hervorgehobenen charakteristischen Merkmale der aufgezählten Fälle gestatten eine scharfe Abgrenzung von verwandten Erscheinungen. Zunächst gehören hierher die Überbleibsel alter Gebräuche, die heute unverstanden ihr kümmerliches Dasein fristen; so die zahlreichen Überreste heidnischer Sitte, wie sie bei den Bauern noch zu finden sind, die bäuerlichen Hochzeitsgebräuche, die noch hie und da auf den uralten Brautraub hindeuten. So berichtet Hübner[8]): Im Lungau wird der Zug der Braut auf der Reise von ihrem Hause zum Orte der Trauung öfter durch Verrammeln der Wege mit Ketten, Stricken u. dgl. aufgehalten, deren Eröffnung von dem Brautführer und dessen Begleitern mit Trinkgeldern ... erkauft werden muß. Zuweilen geschieht es auch, daß die Braut ... von einzelnen Gästen entführt und durch Umwege auf den Ort ihrer Bestimmung gebracht wird." S. 693: „Im Pinzgau treten Vermummte vor den Weg und verrammeln ihn zum Zeichen, daß man sich denselben durch einige Groschen eröffnen soll."

In welchen Etappen schließen unsere Bauern eine Ehe ab? Zuerst wird geheiratet, d. h. es werden die Ehepakte vor dem Notar errichtet; dann wird die Trauung in der Kirche vollzogen und endlich kommt es zur Hochzeit, d. h. dem Mahle. Was sie als Heirat bezeichnen, entspricht wohl der altdeutschen Verlobung, die im Gegensatz zur modernen bereits einen festen Rechtsanspruch auf die Eheschließung erzeugte. Das Hochzeitsmahl endlich ist ein Nachklang des alten Wein- oder Leitkaufes; die Braut wird ja nach altem Rechte gekauft.

---

[8]) Beschreibung des Erzstiftes Salzburg 1796 S. 541.

Hierher gehört wohl auch die allgemein übliche Redewendung, daß man sein Wort verpfände oder wieder einlöse; hier gilt das Wort als Pfand, eine Nachwirkung des Rechtszustandes, der die Einsetzung eines Pfandes erheischte, um die Schuldforderung durchsetzbar zu machen. Jedenfalls liegt aber denen, die jene Phrase gebrauchen, der Gedanke fern, daß von ihr die Gültigkeit des Vertrages abhänge.

Wie bereits angedeutet, müssen aus unserer Erörterung auch jene Fälle ausgeschieden werden, in denen eine unmittelbare, greifbare Überlieferung des alten Rechtes nachweisbar oder doch wahrscheinlich ist. So erhielt sich bekanntlich das Fehdewesen auch nach den Einschränkungen des Mainzer Landfriedens aus dem Jahre 1235 durch fast drei Jahrhunderte im alten Umfange. So erhielt sich die Blutrache bei den Korsen und Montenegrinern trotz ihrer gesetzlichen Abschaffung und dürfte heute noch nicht ausgetilgt sein.[9]) Auch im Innern Dalmatiens scheint sie sich bis in die neueste Zeit erhalten zu haben. So verteidigte sich noch im Jahre 1894 ein Mörder vor dem Gerichte damit, daß er die Tat in Ausübung der Blutrache begangen habe (Entscheidung des österreichischen Kassationshofes vom 30. Juni 1894, Z. 5659, JMVBl. 1894, Nr. 1070).

Hierher gehört auch das Duell, der letzte Rest der alten Fehde, ein Privatkrieg im kleinen. Die Lückenlosigkeit der Überlieferung ist hier zweifellos. Auch in einer anderen Richtung gehört dieser Fall nicht zu den oben besprochenen; die Duellanten glauben keineswegs auf dem Boden der heutigen Rechtsordnung zu stehen, sie sind sich des Konfliktes mit ihr nur zu wohl bewußt. Dieser besonders geartete Fall des Fortlebens alter Rechtsanschauungen ist, wie allgemein anerkannt, damit zu erklären, daß der heute geltende Rechtszustand eine wirksame Sühne von Ehrenbeleidigungen wenigstens für das Empfinden gewisser Kreise der Bevölkerung nicht gewährt.

Staatsgewalt und Kirche verboten im Frankenreiche den Gebrauch bestimmter Ordale. Das Volk ließ sie sich jedoch nicht nehmen, sie lebten weiter fort als gewillkürte oder schiedsrichterlich auferlegte Beweisformen, eine Übung, der ein Kapitulare aus dem Jahre 803 zu steuern suchte.[10])

Es ist ein bedeutsames Verdienst Fickers, klargestellt zu haben, daß im früheren Mittelalter die Bevölkerung Spaniens im Gegensatz zur stark romanisierten lex Wisigothorum am alten westgotischen Gewohnheitsrechte festhielt, das dann auch im Laufe des 11.—14. Jahrhunderts in die sogenannten Fueros Juzgos aufgenommen wurde. Überhaupt ist es wohl keine seltene Erscheinung, daß neue Gesetze gar nicht oder wenigstens nicht gleich durchdringen, daß sich ihnen gegenüber das alte Recht siegreich behauptet. Ursache eines solchen Fiaskos

[9]) Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 135, 137, 179.

[10]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II. Bd. S. 404 und A. 19.

des Gesetzgebers sind entweder Mängel der Rechtspflege, wie in den Fällen der Fehde, der Blutrache und des Duells, oder sonstige Mißgriffe bei der Reform.

Ein weiterer Fall ununterbrochener Kontinuität zwischen altem Recht und heutiger Übung liegt auch bei der Bekräftigung eines mündlichen Vertrages durch Handschlag vor. Dies hatte seinerzeit die Bedeutung einer Verpfändung der Person selbst, indem die Hand diese repräsentiert.[11]) Später wurde durch diesen Akt in Wirklichkeit nicht mehr die Person als Faustpfand gegeben, wohl aber dachte man sich die Treue als Faustpfand eingesetzt, die ja in der Hand liegt, welche selbst eine getreue heißt. In der Vorstellung aber ist im MA. immer noch die Person das Pfand, denn in der Treue als dem Faustpfand wird die Person als solches gedacht.[12]) In der Überzeugung der heutigen Generation ist nur mehr diese Vorstellung des Einsetzens der Treue geblieben.

Die von Notaren und Anwälten verfaßten Urkunden enthalten häufig Klauseln, die für unser Recht ganz überflüssig sind; entweder ist dies ein Ausfluß übertriebener Vorsicht oder eine Nachwirkung alter Rechtszustände. Hierher gehört ferner die heute geübte Exekution durch soziale Interessengruppen, wenn die von Rothnagel[13]) aufgestellte Behauptung richtig ist, daß sie die Merkmale der ursprünglich als Rechtsinstitut anerkannten Personalexekution aufweise.

Bei manchen Fällen wird es sich schwer entscheiden lassen, ob sie in die eine oder andere Gruppe gehören. So in bezug auf die obenerwähnte bäuerliche Sitte, Heirat, Trauung und Hochzeit zu unterscheiden.

Einem Mißverständnis muß noch begegnet werden; nichts wäre verfehlter als die Annahme, daß Laien in ihrer Rechtskultur pur et simple auf dem Standpunkte früherer Jahrhunderte stehen. In vielen Beziehungen sind sie zweifellos auf dem Standpunkte des modernen Rechts; manchmal werden sie einen abweichenden, aber darum noch nicht veralteten Standpunkt einnehmen; oft werden sie sogar das Recht der Zukunft in der Brust tragen, was namentlich von der fortgeschrittenen Arbeiterklasse gilt. Daneben aber kommt es vor, daß in anderen Beziehungen die Rechtsüberzeugung der Vergangenheit heute noch eine große Rolle spielt. Aber auch in diesen Fällen wird sich der Rechtszustand im Laiengehirn nicht einfach so spiegeln, wie er vor Jahrhunderten bestand. Unwiderstehlich drückt die Gegenwart mit ihren Einrichtungen allem Lebendigen ihren Stempel auf. Das Kind des 20. Jahrhunderts wird sich selten völlig verleugnen. Auch wird die häufig vorkommende Unzufriedenheit der Laien mit dem

---

[11]) Puntschart, Schuldversprechen und Treugelöbnis nach altsächsischem Recht S. 408, 445, 491 bis 493, vgl. S. 498.

[12]) Puntschart, a. a. O., S. 499.

[13]) Die Exekution durch soziale Interessengruppen.

geltenden Rechte kaum je darin wurzeln, daß sie altes Recht an dessen Stelle setzen wollen; vielmehr dürften sich, von Mißverständnissen oder einseitiger Beurteilung des heutigen Rechts abgesehen, vielfach gesunde Reformideen darunter bergen, oder aber auch mangelnde Einsicht in die Schwierigkeiten der Rechtsprechung und Rechtsverwirklichung.

II.

Kehren wir zu den Fällen zurück, die den Ausgangspunkt unserer Untersuchung bildeten. Die Erscheinung, daß die Laien in mancher Richtung heute auf einer Stufe des Rechtsbewußtseins und der Rechtsentwicklung stehen, die gegenüber dem heutigen Rechtszustande oft um viele Jahrhunderte zurückliegt, erinnert unwillkürlich an das biogenetische Grundgesetz, das Haeckel aufstellte. Er unterscheidet die Umgestaltung und Entwicklung, welche die gesamten pflanzlichen und tierischen Organismen seit ihrer Entstehung im Laufe der Jahrtausende erfuhren — Phylogenese — und die Entwicklung des Individuums vom Ei bis zum ausgewachsenen Organismus — Ontogenese. Haeckel behauptet nun, die Ontogenese sei eine verkürzte Wiederholung der Phylogenese. Der Embryo macht die verschiedenen Tierformen, aus denen sich die Spezies homo sapiens herausgebildet hat, noch einmal durch. Dieses biogenetische Grundgesetz, zu dessen Richtigkeit für sein ursprüngliches Geltungsgebiet hier nicht Stellung genommen werden kann, wurde schon auf pädagogischem Gebiete zur Anwendung gebracht; man ist zur Erkenntnis gekommen, daß das einzelne Individuum die großen Entwicklungsstufen der Menschheit, Steinzeit, Bronzezeit, Eisenzeit bis herauf auf die Gegenwart, durchlebe. Die angeführten Fälle endlich erweisen die Geltung des biogenetischen Grundgesetzes für das Rechtsleben. Die Rechtsentwicklung wird getragen von den Rechtskundigen, die jeweils die höchste Stufe der Entwicklung darstellen. Sie erreichen diese aber erst durch ihre Studien; vorher durchlebten sie als Laien die Entwicklungsstufen vergangener Jahrhunderte. Die übrigen Laien sind in der Entwicklung ihres Rechtsbewußtseins zurückgeblieben, wie auch heute noch wilde Völkerschaften in der Stein- oder Bronzezeit leben.

Es würde einen großen Reiz bieten, wenn der Nachweis gelänge, daß im Leben des einzelnen Individuums sagen wir zunächst etwa das Rechtsbewußtsein der germanischen Zeit und im Verlaufe mehrerer Jahre das Rechtsbewußtsein der fränkischen Periode lebendig ist. Erst dann wäre die strenge Analogie zum biogenetischen Grundgesetz gegeben. Vielleicht gelingt einmal jemandem dieser Nachweis; die Schwierigkeiten in der Beschaffung des Materials sind jedoch begreiflicherweise enorm. Interessant ist in dieser Richtung die Tatsache, daß sich die erste Entwicklungsstufe des Obligationenrechts, in

der die Bestellung eines Faustpfandes (oder Geißels) notwendig ist, nur bei dem doch hauptsächlich auf Kinderkreise beschränkten Pfänderspiel findet, während die Rechtsauffassung der Erwachsenen fortgeschrittenen Entwicklungsstadien entspricht (Angeld, Selbstbürgschaft usw.).

Gehen wir nun über zur Betrachtung des Einflusses, den das eben dargestellte Aufleben alten Rechts im Bewußtsein des Laien auf das Rechtsleben ausübt. Zunächst muß sich die Frage aufdrängen, wie sich denn die Laien im Leben zurechtfinden, wenn ihr Rechtsempfinden so erheblich von dem geltenden Rechte abweicht. Diese Frage läßt keine einheitliche Beantwortung zu; die Sachlage ist in den einzelnen Fällen eine ganz verschiedene. Es kommt darauf an, auf welchem Momente diese Abweichung beruht, mit andern Worten, auf welche Faktoren die Fortentwicklung des alten Rechtszustandes, der noch im Volksbewußtsein fortlebt, zum heutigen Rechte zurückzuführen ist. Dieser Faktoren gibt es nun verschiedene; einige derselben lassen sich geradezu als Gesetze der Rechtsentwicklung bezeichnen, das Wort Gesetz im Sinne eines Naturgesetzes auf geistigem Gebiete verstanden. Aus den eben aufgezählten Fällen lassen sich folgende derartige Gesetze ableiten:

1. Das Gesetz der fortschreitenden Anpassung der Rechtsnormen an die Tatbestände in drei Erscheinungsformen:

a) Die fortschreitende Vergeistigung der Rechtsverhältnisse. Allbekannt ist der Formalismus, der sinnliche Charakter des alten deutschen Rechts. Das Volksbewußtsein vermag auf jenen Stufen bei Rechtsverhältnissen, die eine rein geistige Natur besitzen, nicht dieses wahre Wesen derselben zu erfassen, sondern schafft greifbare, sinnenfällige Formen für diese Rechtsverhältnisse, ja auf den niedersten Stufen sogar bloß Surrogate, so die Bestellung von Pfand und Bürgen statt der Anerkennung der Durchsetzbarkeit einer bloßen Obligation, die ja ein rein geistiges Band zwischen Gläubiger und Schuldner darstellt. Von den oben angeführten Fällen gehören folgende hieher: das Erfordernis der Schriftlichkeit für Verträge, das Pfänderspiel, die Verpfändung des Wortes (der ursprüngliche Rechtsgedanke, daß ein Pfand zur Begründung einer wirksamen Obligation notwendig ist, erscheint zur leeren Form herabgesunken), die ursprüngliche Funktion des Angelds, die „Garantierung" für eine Ware.

Eine spezielle Form der Vergeistigung des Rechts besteht in der Ersetzung des Begleitmerkmals als Voraussetzung für eine Rechtswirkung durch das Wesensmerkmal. Jhering[14]) hat darauf hingewiesen, daß in manchen Fällen aus Rücksicht auf die Praktikabilität des Rechts der eigentliche rechtsbildende Faktor eines Tatbestandes in der Wirklichkeit von den

---

[14]) Geist des römischen Rechts Bd. II³, S. 328.

übrigen Momenten desselben nicht getrennt werden dürfe. Der rechtsphilosophische Gedanke der Mündigkeit ist Reife der Verstandesentwicklung, der Volljährigkeit Reife des Charakters, an seine Stelle tritt jedoch für die praktische Anwendung die Zahl. Sjögren Iherings Jahrb., Bd. XXXV, S. 354ff. nennt jene übrigen Momente die symptomatischen, d. h. äußeren Kriterien oder Beweismittel, aus deren Vorhandensein man auf das Dasein der eigentlichen charakteristischen Faktoren des Tatbestandes schließen kann. Ich schlage für die symptomatischen Momente die Bezeichnung Begleitmerkmale und für die charakteristischen Faktoren die Bezeichnung Wesensmerkmale vor. Es ist nun, wie ich bereits an anderer Stelle ausgeführt habe[15]), in der Entwicklung des menschlichen Denkens begründet, daß man zunächst im äußerlichen Begleitmerkmal das Wesen erblickt und daher auch nur dessen Vorhandensein berücksichtigt.

Es ist eine Seite des sinnlichen Charakters eines jeden älteren Rechts, daß es nicht das innere, rein geistige Wesen der Sache, sondern nur die äußerlichen Begleiterscheinungen erfaßt. Dieser Unterschied fällt meist zusammen mit dem Unterschiede zwischen der Würdigung des Einzelfalles und der generellen, abstrakten Regelung eines Verhältnisses. Das großartigste Beispiel der Verwechslung des Wesens- mit dem Begleitmerkmal bietet das germanische Strafrecht. Statt auf das Wesensmerkmal für die Strafbarkeit, die Schuld im Einzelfalle, sah man bloß auf ein sehr äußerliches Begleitmerkmal derselben, die Verletzung. Es liegt auf der Hand, daß der Schluß von diesem auf jenes durchaus nicht zwingend ist. Von den oben aufgezählten Fällen gehört die wenig wohlwollende Auffassung von Rechtsverletzungen hierher.

b) Die Beseitigung der anfänglichen Übertreibung eines Rechtsgedankens. Ein an sich richtiger und gesunder Gedanke wird zunächst übertrieben und erst im Verlaufe der Entwicklung auf das richtige Maß zurückgeführt. Ich verweise nur auf den Satz qui plus petit causa cadit, ferner auf die Vorstufe der Kompensation im römischen Rechte, nämlich die Absolution in gewissen Fällen, endlich die römische sogenannte Kulpakompensation, die im Gegensatze zu der im ÖstBGB. § 1304 und DBGB. § 254 festgesetzten Aufteilung des Schadenersatzes im Falle des Verschuldens des Beschädigten die Abweisung des Anspruchs verfügt.

Von den oben angeführten Fällen gehören hierher die Umwandlung des Verfallspfands in ein Verkaufspfand und die Ersetzung des Salmans durch den Testamentsvollstrecker.

c) Die Differenzierung ursprünglich einheitlicher Rechtsverhältnisse, auf die bereits Brunner hingewiesen hat. Es schärft sich allmählich der Blick für anfänglich unbeachtet gebliebene Unterschiede in den Tatbeständen. Aus dem zunächst ein-

[15]) Mauczka, Rechtsgrund des Schadenersatzes, S. 190.

heitlichen und alleinigen Nutzungsrechte an Grund und Boden entsteht Eigentum, dann Ober- und Nutzungseigentum in seinen verschiedenen Formen, Nießbrauch, Leibzucht usw. Von den oben angeführten Fällen gehören hierher die spätere Unterscheidung von Recht, Moral und Sitte, die Unterscheidung der Arten des Verschuldens, die Auseinanderhaltung von Straf- und Zivilprozeß.

Diese drei Erscheinungsformen des Gesetzes der fortschreitenden Anpassung der Rechtsnormen an die Tatbestände sind dadurch gekennzeichnet, daß die ihnen entsprechende Entwicklung des Rechts auf einem Fortschritt in der gedanklichen Erfassung des Rechtsstoffs beruht. Es werden die wahren Elemente der rechtlich zu regelnden Tatbestände immer reinlicher herausgeschält.[16])

2. **Gesetz der Umwandlung von Rechten in Pflichten.** Es scheint, daß auf gewissen früheren Stufen der Rechtsentwicklung in Fällen, in denen Gliedern des Gemeinwesens eine bestimmte Aufgabe zur Förderung staatlicher Interessen zugewiesen wird, die Erfüllung dieser Aufgabe nur in der Weise sichergestellt werden kann, daß den hierzu berufenen Personen eine Wirkungssphäre für selbstnütziges Handeln eröffnet wird. Es ist die staatliche Organisation in solchen Epochen noch nicht so weit fortgeschritten, um den Gedanken einer altruistischen Tätigkeit im Dienste fremder Interessen in dem Gewande der Pflicht in den Vordergrund stellen zu können.[17]) Diese Rückständigkeit der staatlichen Organisation ist jedoch nicht das einzige Moment, das bei der Umwandlung von Rechten in Pflichten in Betracht kommt. Es scheint dieser Rückständigkeit eine analoge Auffassung in der Psyche des Individuums zu korrespondieren, das jene Pflichten nur in der Form von nutzbaren Rechten anerkennen will. Am schärfsten tritt dies wohl hervor in dem oben angeführten Falle einer Kindermißhandlung, wo der Vater erklärt, er wolle von der väterlichen Gewalt überhaupt nichts wissen, wenn er mit seinen Kindern nicht tun könne, was er wolle. Hierher gehört auch die Prostituierung und Verheiratung von Töchtern wider deren Willen.

3. **Das Gesetz der Verwandlung vertragsmäßiger in gesetzliche Rechte oder Pflichten.** Es zeigt sich auf mehreren Rechtsgebieten die Erscheinung, daß Pflichten oder Rechte, die in späteren Entwicklungsstadien als gesetzliche anerkannt werden, ursprünglich nur durch Verträge — mit oder ohne Zwang zum Abschluß — begründet werden konnten. So verwandelt sich die ursprünglich vertragsmäßige eheliche Gütergemeinschaft in einigen Gebieten Deutschlands in eine gesetzliche; es kann ferner keinem Zweifel

---

[16]) Dieses Gesetz der fortschreitenden Anpassung der Rechtsnormen an die Tatbestände hat seine Analogien auf allen Lebensgebieten und kann als ein Entwicklungsgesetz des menschlichen Denkens überhaupt bezeichnet werden.

[17]) Die bekanntesten Fälle sind die Veränderung der Stellung des Vormunds im römischen und deutschen Recht sowie die Ersetzung der Lehnsleute durch Beamte.

unterliegen, daß gegen viele Gefahren, gegen die heutzutage bloß der Abschluß von Versicherungsverträgen Schutz bietet, in absehbarer Zukunft eine gesetzliche Versicherung geboten werden wird. Nichts erscheint uns ferner selbstverständlicher, als daß der eheliche Vater ohneweiters gesetzlich verpflichtet ist, seinem Kinde den Unterhalt zu gewähren. Und doch bedurfte es in alter Zeit — ein Vertrag war durch die Lage der Dinge ausgeschlossen — eines rechtsförmlichen Aktes, damit jene Pflicht zur Entstehung gelange, der Aufhebung des neugeborenen Kindes durch den Vater. Von den oben angeführten Fällen gehört das Urteilserfüllungsgelöbnis hierher.

Neben den aufgezählten Gesetzen wären als weitere Faktoren der Rechtsentwicklung zu nennen die Entwicklung und feinere Ausbildung des Prozeßrechts — eine rein technische Frage —, die Umwertung von Interessen namentlich infolge von Veränderungen in den Wirtschaftsformen und der Übergang von Instituten des Prozeßrechts in das Privatrecht. Von diesen Faktoren kommen bloß die zwei ersten für unsere Fälle in Betracht. Der erste Faktor bei den Formalitäten zur Begründung des Zeugniszwanges, der „Parteilichkeit" der Zeugen, dem Pfänderspiel, der Abstellung der Entscheidung auf den Eid des Gegners, der außergerichtlichen Austragung des Konflikts, der Anschauung, daß ein Geständnis Voraussetzung für die Fällung eines Todesurteils sei, endlich das Verhalten der Aufständischen in Zeiten revolutionärer Bewegungen.

Die Umwertung von Interessen spielt hier eine sehr bescheidene Rolle; es kommt bloß der Fall des Totenteils in Betracht, in dem ein ursprünglich lebendiges Interesse heutzutage nicht mehr empfunden wird. Im übrigen wird eine Umwertung von Interessen von allen gefühlt, die überhaupt für das Leben der Gegenwart Verständnis besitzen.

Der dritte oben erwähnte Faktor der Rechtsentwicklung endlich, der Übergang von Instituten des Prozeßrechts in das Privatrecht, spielt hier überhaupt keine Rolle.

Den Ausgangspunkt für die vorstehenden Ausführungen über die Faktoren der Rechtsentwicklung bildete die Frage, wie sich die Laien mit ihrem rückständigen Rechtsbewußtsein im Leben zurechtfinden. In einigen Fällen ist wohl ein Konflikt mit der heutigen Rechtsordnung ausgeschlossen. So wird es stets nur einer kleinen Aufklärung bedürfen, um dort, wo es sich um die Beseitigung der anfänglichen Übertreibung eines Rechtsgedankens oder um eine Differenzierung handelt, dem rückständigen Laien diesen Fortschritt begreiflich zu machen. Hierzu ist nichts anderes nötig als ein Denkprozeß, der sich auch in beschränkten Köpfen leicht vollzieht, wenn dazu der Anstoß gegeben wird. Auch wenn die Beteiligten auf einer überwundenen Stufe des Prozeßrechts stehen, dürfte sich kaum je ein Konflikt ergeben, zum Teil da der moderne Prozeß Vorteile und Vereinfachungen bietet, zum Teil aber ein Entgegen-

handeln durch den staatlichen Zwangsapparat sofort unterdrückt wird. Der Konflikt spielt sich dann bloß in der Seele der Betroffenen ab, so wenn die außergerichtliche Austragung einer Strafsache nicht anerkannt wird. Was endlich die bei Aufständen zum Vorschein kommenden alten Rechtsanschauungen anbelangt, so liegt hier der Konflikt ganz anderswo als in diesen.

Eine reiche Quelle von Konflikten dagegen ist in den Fällen gegeben, die unter das Gesetz der fortschreitenden Vergeistigung des Rechts subsumiert wurden; der rückständige Teil anerkennt in Vertragsverhältnissen Rechtsansprüche nicht, die nur bei fortgeschrittener Vergeistigung zu Recht bestehen. Dies gilt namentlich von der Auffassung der rechtlichen Bedeutung des Angelds. Andere hergehörende Fälle wiederum, z. B. die „Garantie" für die Güte einer Ware, sind ungefährlich.

Schwere Konflikte entstehen auch dort, wo es sich um die Umwandlung von Rechten in Pflichten handelt. Es wurde bereits oben darauf hingedeutet, daß die rückständigen Beteiligten ihre Machtsphäre nur als Rechtskreis, nicht aber als Inbegriff von Pflichten anerkennen wollen; sie wollen nur in selbstnütziger, nicht in selbstloser Weise von ihrer Macht Gebrauch machen, ihre Schutzbefohlenen nur als Ausbeutungsobjekt ansehen.

Was die Lösung solcher Konflikte anbelangt, so bedarf es keines weiteren Nachdenkens, um sich sofort dafür zu entscheiden, daß die rückständige Rechtsüberzeugung unberücksichtigt bleibt. Das Leben schreitet über dergleichen hinweg, es geht nicht an, daß Unerfahrenheit und Zurückbleiben hinter der Gegenwart alte Rechtssätze zum Schaden der Fortgeschrittenen wieder zum Leben erstehen lassen. Es kann nicht auf diesem Umwege Unrecht zum Rechte werden.

Die herrschende Lehre stimmt mit diesen Ausführungen insofern überein, als sie den Rechtsirrtum grundsätzlich zwar ebenso behandelt wie den Tatirrtum, indem sie beide im Falle der Entschuldbarkeit berücksichtigt, jenen jedoch in der Regel für unentschuldbar ansieht und daher nicht beachtet. Nur insoweit wird sich nunmehr die herrschende Lehre eine Modifikation gefallen lassen müssen, als sie auch dann den Rechtsirrtum in der Regel für unentschuldbar ansieht, wenn er im Wiederaufleben alten Rechts besteht. Wenn es geradezu als ein Gesetz der menschlichen Psyche bezeichnet werden muß, daß das Rechtsbewußtsein der Laien altes Recht verkörpert, dann kann ein solcher Rechtsirrtum nicht unentschuldbar sein.

Nachdem wir Klarheit gewonnen haben über die Formen, in denen sich die Entwicklung der alten, immer neu auflebenden Rechtsgedanken zum heutigen Recht vollzieht, können wir der Frage näherrücken, wieso es denn kommt, daß das Volk mit unfehlbarem Instinkt gerade jene Lösung findet, die das alte Recht traf, und nicht etwa eine andere, die zwar gleichfalls auf einer tieferen Stufe der Rechtsentwicklung steht, aber von der geschichtlich fest-

stehenden abweicht? Wenn wir uns mit der Tatsache begnügen, daß ohne nachweisbare Überlieferung altes Recht immer wieder neu in den Köpfen auflebt, laufen wir Gefahr, uns in Mystizismus zu verlieren. Es ist allgemein anerkannt, daß das Recht die Aufgabe hat, die menschlichen Interessen zu schützen. Diese Interessen und deren mögliche Kollisionen sind noch kaum erforscht. Eine eingehende Untersuchung derselben würde das Ergebnis liefern, daß die menschliche Vernunft mit einer solchen Selbstverständlichkeit und derart gebieterisch ganz bestimmte Lösungen dieser Konflikte erheischt, daß eine andere Lösung praktisch ganz ausgeschlossen erscheint. Nicht im Sinne des Naturrechts, daß die vernunftgebotene Lösung deshalb schon Recht sei — sie wird eben faktisch Recht, ohne daß eine formelle Nötigung dazu bestände. Diese von der Vernunft diktierte Art der Lösung also ist es, die den Instinkt des gemeinen Mannes gerade jenen Rechtssatz „erfinden" läßt, der dem wirklich gewesenen alten Recht entspricht.

Das dargestellte Gesetz, daß alte Rechtsanschauungen noch heute im Volke lebendig sind, gibt auch einen Anhaltspunkt für die Beantwortung der bestrittenen Frage, ob Gesetze, die auf älteren Anschauungen fußen, im modernen Geiste auszulegen sind. Das Haupthindernis für die Bejahung dieser Frage ist wohl die Vorstellung, daß dadurch die Rechtssicherheit insofern empfindlich leiden würde, als sich das Volk auf die ungestörte Geltung des Rechtes verläßt, wie es zur Zeit seiner Begründung verstanden wurde. Darüber kann man sich wohl jetzt beruhigen. Das Volk weiß überhaupt fast nichts vom Recht, es lebt vielfach noch in längst vergangenen Jahrhunderten; da ist es ganz gleich, ob das geltende Recht konservativ oder fortschrittlich ausgelegt wird. So alt sind denn doch auch unsere ältesten Gesetze nicht, daß sie schon in die Rechtsüberzeugung des Volkes übergegangen wären. Die Gesetze stellen also unter allen Umständen gegenüber dem Laienbewußtsein einen viel fortgeschritteneren Standpunkt dar, und jedenfalls darf man sich bei der vorliegenden Frage nicht von der Rücksicht auf die Rechtssicherheit leiten lassen, da diese bei keiner der beiden möglichen Lösungen besteht. Eine Ausnahme wäre höchstens für Spezialrechtsgebiete zu machen, die den Fachkreisen bekannt sind, so das Gewerbe-, Handels- und Wechselrecht u. a.

Nach den gegebenen Ausführungen sinkt die Bedeutung des Gewohnheitsrechts, wenn wir das Juristenrecht ausscheiden, noch tiefer. Es ist von vornherein anzunehmen, daß es keinen Fortschritt des Rechtes darstellen wird, sondern viel eher einen Rückschritt. Ein derartiger Fall ereignete sich, als nach dem Untergang des fränkischen Reiches das gesatzte Recht, die leges, in Vergessenheit geriet. Da lebten ältere barbarische Zustände wieder auf.

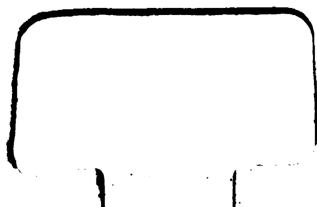
Endlich gewährt die gewonnene Erkenntnis eine neue überraschende Bestätigung der Grundauffassung der historischen Rechts-

schule. Kann man klarer erweisen, daß das Recht wirklich ein organisches Produkt des Volksgeistes sei, als wenn man zeigt, daß dieselben Rechtssätze, die vor Jahrhunderten in Geltung standen, sich noch jeden Tag immer neu in den Gehirnen erzeugen? Aber gleichzeitig erweist unsere Erkenntnis, wenn es noch nötig wäre, den ungeheuren Trugschluß Savignys, daß das römische Recht infolge der Rezeption zum deutschen Recht geworden sei. Das Rechtsbewußtsein des Volkes deckt sich vielmehr mit einem viel älteren Recht. Unverwüstlich, unausrottbar ist das deutsche Rechtsbewußtsein. Es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn im Verlaufe des ontogenetischen Entwicklungsprozesses das Rechtsbewußtsein des Volks Fortschritte macht, es das alte deutsche Recht organisch über die Stufe hinaus fortentwickeln wird, die ihm bis zur Rezeption zu erreichen vergönnt war. Niemand wird behaupten wollen, daß das Volksbewußtsein dann plötzlich in die Bahnen römischen Fühlens einlenken wird. Daraus ergeben sich zwei Folgerungen: Wenn das Recht wirklich derart innig mit dem Volksbewußtsein verwachsen ist, kann deutsches Fühlen auch nicht aus den Köpfen der Juristen völlig verdrängt sein; es muß gelingen, das alte deutsche Recht organisch weiterzuentwickeln bis zu dem Punkt, der den heutigen Bedürfnissen entspricht; ein Ziel, das zum Teil bereits im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und in noch höherem Grade im Entwurfe eines Schweizerischen Zivilgesetzbuchs erreicht ist. Noch günstiger sind die Aussichten für das deutsche Recht auf Gebieten, die mit dem römischen Recht in schwachem oder gar keinem Zusammenhang stehen; dort kann das romanistische Denken und Fühlen keinen, auch keinen mittelbaren Einfluß ausüben. Denn soweit das römische Recht nicht im Sinne der oben angeführten Faktoren der Rechtsentwicklung zugleich eine vernünftige Fortentwicklung des deutschen Rechts bedeutet, ist es für unser Rechtsleben eine tote Masse; immer wird sich das in der Brust eines jeden Deutschen, auch des eingefleischtesten Romanisten schlummernde Rechtsbewußtsein siegreich Bahn brechen. Die formale Schulung, die Klarheit des juristischen Denkens verdanken wir den Römern; der Inhalt neuer Gesetze kann nur von deutschem Rechtsempfinden diktiert werden.



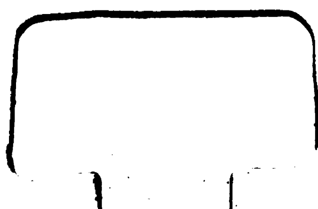
Buchdruckerei der Manzschen
k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-
Buchhandlung in Wien.





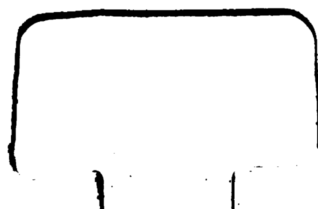
Buchdruckerei der Manzschen
k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-
Buchhandlung in Wien.





Buchdruckerei der Manzschen
k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-
Buchhandlung in Wien.





Buchdruckerei der Manzschen
k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-
Buchhandlung in Wien.



